

EL DERECHO ROMANO DE LA PROPIEDAD EN LA DOCTRINA CIVIL COLOMBIANA *

*Federico Escobar Córdoba***

RESUMEN

El artículo muestra cómo la doctrina civil colombiana ha acogido recurrentemente la idea de que los romanos dividieron el derecho de propiedad en tres propiedades o atributos: *usus*, *fructus*, y *abusus*. Luego, el texto pasa a los textos primarios romanos, poniendo en evidencia la ausencia de esa tridivisión entre los jurisconsultos. El análisis continúa con los textos secundarios de derecho romano, resaltando la manera en que las obras colombianas con frecuencia le atribuyen al derecho romano la tridivisión, mientras los textos extranjeros normalmente no lo hacen. El artículo concluye proponiendo que este es un caso de lo que el autor llama “zonas ciegas,” la manera en que los miembros de una cultura jurídica reproducen ciertas ideas tradicionales sin ver su contenido u origen reales.

Palabras clave: Derecho Romano, propiedad, Doctrina Civil Colombiana, “zonas ciegas”, cultura jurídica.

ABSTRACT

*This article shows how legal writers in Colombia have frequently adopted the idea that Roman jurists conceived of three divisions within the right of ownership, called *usus*, *fructus*, and *abusus*. The text then turns to primary sources of Roman Law, and shows that this concept was not theorized by Roman jurists. The analysis continues with secondary sources of Roman Law, underscoring the fact that Colombian authors commonly describe this triple division as a Roman creation, while foreign legal writers on Roman Law generally do not. The article concludes by suggesting that this is one case of what the author calls “blind spots,” referring to the way in which members of the legal community tend to reproduce certain traditional ideas without seeing their real content or origin.*

Keywords: Roman law, property, colombian civil doctrine, “blind zones”, juridical culture.

* Este texto forma parte de una investigación sobre el derecho de propiedad en el derecho romano y en las codificaciones modernas, que el autor realiza en la Universidad Icesi.

** Abogado en la oficina Escobar Abogados y docente en la Pontificia Universidad Javeriana Cali. Ha estudiado en las universidades Hebrea de Jerusalén, Icesi, Nacional de Irlanda, Oxford, y Tulane.

El derecho romano despierta una fascinación especial en el derecho privado colombiano. Por un lado, es evidente que invocarlo inspira respeto, y en ocasiones pareciera que, como con los comentaristas medievales, constituyera un “momento de legitimación” sin el cual todo estudio resultaría incompleto. Por otro lado, el derecho romano auténtico no es tan dócil como para incorporarlo sin mayores dificultades en discusiones jurídicas modernas. Este problema ha llevado a que la obligación de invocarlo produzca una versión particular y más conceptual del derecho romano. Un factor que agudiza el problema es que la naturaleza compacta del latín es especialmente atractiva, y, en consecuencia, un principio jurídico, si está en latín, es dos veces bueno. Un resultado concreto de esta atracción epigramática es que algunos autores identifican como romanos principios que no provienen del derecho de la Roma antigua.

Afirmar esto no implica denunciar o menospreciar la labor de los comentaristas modernos que de esa forma, atrapados entre la veneración y la distorsión, se nutren del derecho romano. De hecho, las remisiones a este derecho permiten apreciar la incidencia de la cultura y la tradición en los estudios jurídicos, constituyendo un ejemplo de los renombrados trasplantes jurídicos; pero, en una manifestación especial que podríamos llamar “zonas ciegas” (una traducción del inglés *blind spots*). Esto saldrá a relucir en el presente artículo, una breve muestra de la manera en que la doctrina civilista colombiana incorpora las ideas del derecho romano sobre la propiedad.

1. EL DERECHO ROMANO DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO

La doctrina civilista colombiana usualmente le dedica algunas páginas al derecho romano. En los libros sobre bienes, y en relación con el derecho de propiedad, es frecuente que los textos discutan el derecho romano dentro de una sección sobre la historia de la propiedad, cuya extensión varía de un autor a otro. Veremos que una de las ideas que la doctrina generalmente destaca del derecho romano de la propiedad es una tridivisión de su contenido en *usus*, o *jus utendi*; *fructus*, o *jus fruendi*; y *abusus*, o *jus abutendi*.

Uno de los primeros y principales textos de derecho civil en Colombia, es el *Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano*, de Fernando Vélez, cuyo comentario de todo el Código Civil abarca múltiples volúmenes. La primera edición del *Estudio* apareció en Medellín, en 1898, y la segunda en París, en 1924. En el

tercer tomo, en la sección sobre la historia de la propiedad, el autor empieza diciendo que la propiedad dejó ser colectiva para volverse familiar, y, finalmente, llegó a ser individual, algo que, dice Vélez, “es concepción del Derecho Romano” (1924: 23). “Según los jurisconsultos romanos”, afirma Vélez más adelante, “tres son los principales elementos o atributos de la propiedad” (1924: 24): *jus utendi*, *jus fruendi*, y *jus abutendi*.

Otro texto clásico de la tradición civilista colombiana es el *Curso elemental de derecho civil colombiano*, de Eduardo Rodríguez Piñeres, que fue reeditado recientemente (1990). El segundo tomo de la obra analiza el derecho de propiedad; pero, el autor no se detiene a discutir la historia de este derecho. Sin embargo, la obra distingue los tres “Elementos de que se compone el derecho” (1990: 80–81), como son el uso, el goce, y la disposición, y los asocia con tres términos latinos: *usus*, *fructus*, y *abusus*. Por su parte, la sección II.1.9 se titula “Observación sobre las expresiones ‘jus utendi’, ‘jus fruendi’ y ‘jus abutendi’” y dice: “La Doctrina ha solido designar los tres atributos del dominio que acabamos de analizar con las denominaciones de *jus utendi*, *jus fruendi*, y *jus abutendi*, las cuales son muy cómodas para la explicación de los respectivos conceptos, pero no son romanas, como a primera vista parece de la enunciación latina, aun cuando correspondan a los sustantivos usados por los antiguos, *usus*, *fructus* y *abusus*, y a los verbos *uti*, *fruti* y *abuti*” (1990: 81–82). Finalmente, en la sección II.1.11, el autor se refiere una vez más al derecho romano, diciendo: “En la segunda hipótesis que se acaba de contemplar, la de la *propiedad desmembrada*, los romanos consideraban que no había sino un solo derecho real, el del *propietario* que tenía el *abusus*; pues, los derechos de los que tenían el *fructus*, o el *usus*, apenas tenían el carácter de *servidumbres personales*” (1990: 82). Antes de pasar a otro autor, en otro texto de Rodríguez Piñeres, denominada *Derecho Usual*, encontramos la siguiente precisión sobre el derecho de propiedad: “Este derecho se compone de tres elementos que, reunidos, constituyen lo que se llama la *propiedad plena* o *absoluta*; el *uso* (*ius utendi*), el *gocce* (*ius fruendi*) y la *disposición* (*ius abutendi*)” (1973: 70).

Avancemos ahora a la obra de Jaime Rodríguez Fonnegra, llamada *Del Contrato de Compraventa y Materias Aledañas* (1960). Si bien no es un libro general de derecho civil, aspiraba a serlo; Rodríguez Fonnegra anuncia que “[e]stas páginas son componentes de obra extensa que desde hace veinte años vengo preparando sobre el Derecho Civil Colombiano” (1960: vii). El texto se refiere al derecho de propiedad al discutir la cosa y el precio, en una sección que titula “Nociones

Sobre el Derecho de Propiedad”. La sección empieza con un estudio de las definiciones del dominio (1960: 191–197). El autor propone la siguiente: “Dominio – de *dominium*, vocablo a su vez derivado de *dominus*, que lo fue de *domus*– es derecho de usar el objeto singular en que se ejerce (*uti*), de aprovecharse de sus frutos (*frui*) y de hacer con la cosa misma lo que al dueño plazca (*abuti*) en cuanto alguna de estas facultades no esté limitada por ley que determine motivos tocantes con el interés general o por servidumbre voluntaria negativa” (1960: 191–192). Rodríguez Fonnegra critica la definición de propiedad de Aubry y Rau, y entre sus observaciones dice: “No hace relación clara a lo que denominan *jus fruendi* los comentadores del Derecho Romano, que no propiamente los textos en que éste se contiene” (1960: 192). Al continuar con la crítica a Aubry y Rau, el autor dice que su definición es imprecisa por confundir la cosa y el derecho sobre el cual recae. El texto señala que esta confusión se remonta a Gayo, Cicerón, y Séneca (1960: 193).

Una referencia obligada en el derecho civil colombiano es Arturo Valencia Zea. En el tema del derecho de propiedad, su obra es especialmente pertinente, ya que escribió un libro sólo sobre la propiedad: *Origen, Desarrollo y Crítica de la Propiedad Privada* (1982). El texto civilista de Valencia Zea (2001) incluye una sección sobre la historia de la propiedad, que, entre otros aspectos, describe la propiedad colectiva primitiva, la propiedad colectiva entre los griegos y los romanos, y el surgimiento de la propiedad privada en Roma (2001: 111–115). La sección sobre el derecho romano es bastante sucinta: de hecho, se compone de dos párrafos. Un poco más adelante, estudiando el concepto de la propiedad privada, el autor dice: “En cuanto a las cosas existentes, los juristas romanos advertían que el propietario tenía el derecho de usarlas (*jus utendi*), gozarlas (*jus fruendi*) y disponer de ellas (*jus abutendi*)” (2001: 119). Por su parte, la obra de Valencia Zea sobre la propiedad (1982), hace un recuento esquemático en su capítulo XII, de la manera en que el desarrollo de la sociedad romana se compenetró con el desarrollo del derecho romano de la propiedad, pasando de la propiedad colectiva a la propiedad privada a lo largo de los siglos.

Actualmente, existe una variedad de libros escritos por civilistas colombianos sobre los derechos reales. La tendencia en estas obras es que el derecho romano de la propiedad se manifieste en una sección breve sobre la historia de la propiedad, y, además, que destaquen los tres elementos del derecho de propiedad (*usus*, *fructus*, y *abusus*) como una creación romana. Por ejemplo, Angarita (2004) menciona tres formas de propiedad en Roma (2004: 54), y plantea la tripartición romana de este derecho (2004: 54, 57).

De forma semejante, Arteaga (1999) describe brevemente a Roma (1999: 31), y, al estudiar las facultades que confiere el derecho de propiedad, resalta “lo que el derecho romano llamó *jus fruendi*, *jus utendi*, *jus abutendi*” (1999: 61).

Barragán (1971) no repasa la historia de la propiedad, pero sí se remite a Roma para “recordar la evolución del nombre, según el concepto de autorizados romanistas” (1971: 55), señalando así el paso de *mancipium* a *dominium* y a *proprietates* (1971: 55–56). El autor analiza luego una variedad de definiciones de la propiedad, llegando a la que considera aceptable; la primera definición que presenta es la “clásica del derecho romano, según la cual, *dominium est ius utendi atque abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur* (dominio es el derecho de usar y disponer de su propia cosa, en cuanto respaldado por una razón jurídica)” (1971: 57).

Ochoa (2000) no describe el derecho romano de propiedad; de hecho, simplemente dice que la “definición del Código Civil Colombiano se desprende del derecho romano” (2000: 180), y continúa con el derecho de propiedad del Código Napoleónico (2000: 180–184). Sin embargo, al explicar los atributos del derecho de propiedad, el autor los distingue de las tres “facultades que confiere el dominio, desprendidas de los tres atributos que los romanos le señalaban al predicar el *ius utendi*, *fruendi*, y *abutendi*” (2000: 185).

Por último, Velásquez (2000), discutiendo la exclusividad de la propiedad, hace el siguiente comentario: “El *propietario pleno* tiene los tres atributos conocidos desde el derecho romano: El *ius utendi* o facultad de servirse de la cosa, el *ius fruendi* para obtener sus frutos o productos y el *ius abutendi* o facultad para disponer de ella” (p. 171).

2. EL DERECHO ROMANO DE LA PROPIEDAD

Hasta ahora, hemos visto que, para buena parte de los libros de derecho civil colombiano, los juristas romanos entendían que el derecho de propiedad estaba compuesto de tres elementos: el *jus utendi*, el *jus fruendi*, y el *jus abutendi*. Inclusive, un autor le atribuyó al derecho romano la siguiente definición: “*dominium est ius utendi atque abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur* (dominio es el derecho de usar y disponer de su propia cosa, en cuanto respaldado por una razón jurídica)” (Barragán 1971: 57). No obstante, vimos dos voces en contra de la tendencia: una, la de Rodríguez Piñeres, advirtiendo que las denominaciones de

jus utendi, fruendi, y abutendi, “no son romanas” (1990: 81); y otra, la de Rodríguez Fonnegra, señalando que la idea de *jus fruendi* proviene de “los comentadores del Derecho Romano, que no propiamente los textos en que éste se contiene” (1960: 192).

De hecho, hay mucha razón en los dos autores que intentan atenuar la manera tradicional de entender, en la doctrina civil colombiana, el derecho romano de la propiedad. En las páginas que siguen confrontaré este supuesto doctrinal con textos primarios, y luego lo haré con obras secundarias.

2.1. Consulta de los textos primarios

Para empezar, la frase que Barragán cita como la definición romana del dominio no aparece en los textos jurídicos romanos, sino en reflexiones de los comentaristas medievales. Los juristas romanos no formularon una definición del dominio tan sistemática como la que invoca el tratadista. Es más, no produjeron definición alguna de este derecho, como lo indican los romanistas (Panero 1997: 366; Di Pietro 2001: 119; Petit 1963: 229; etc.).

Por otra parte, la expresión “*jus abutendi*” también es un desarrollo posterior. Aunque ella no aparece en el *Digesto*, sí lo hacen las frases *jus utendi* y *jus fruendi*, que constituyen conceptos recurrentes en las discusiones sobre el usufructo. Encontramos, por ejemplo, la siguiente frase de Ulpiano: “Sólo quien tiene el usufructo puede pretender el derecho a usar y a percibir los frutos (*uti frui ius*) de una propiedad; el dueño no lo puede hacer, dado que él tiene la propiedad, y no un derecho independiente a usar y a percibir los frutos (*utendi fruendi ius*)”.¹ En otro pasaje, Paulo afirma: “Si me vendes el usufructo, es distinto si me vendes el derecho a usar y a percibir los frutos (*ius utendi fruendi*), que sólo te pertenece a ti, a que si me vendes el derecho de usufructo (*usus fructus*)”.² A su vez, Gayo dice: “Sin embargo, el usufructuario de un esclavo no puede adquirirlo por usucapión; en primer lugar, porque no es poseedor, sino que

¹ “*Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatim non habet: nec enim potest ei suus fundus servire*” (*Digesto* 7.6.5.pr).

² La cita completa es: “*Cum usum fructum mihi vendis, interest, utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usum fructum mihi vendas: nam priore casu etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, si tu vivis: posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit*” (*Digesto* 18.6.8.2).

tiene el derecho a usarlo y a percibir sus frutos (*ius utendi fruendi*); y, en segundo lugar, porque sabe que el esclavo le pertenece a otro”.³ Por último, es Gayo nuevamente quien escribe: “el derecho de sucesión, el derecho a usar y a percibir los frutos (*ius utendi et fruendi*), y el derecho derivado de una obligación, son cosas incorporales”.⁴

Las citas anteriores nos llevan a dos comentarios. Primero, es usual encontrar el *jus utendi* ligado al *jus fruendi*, comunicando la idea del disfrute integral de un bien. Es en este sentido que vimos ambas expresiones en las citas del párrafo anterior. En algunos textos, la expresión *jus fruendi* aparece por su cuenta, como en un comentario de Papiniano sobre los usufructos alternativos.⁵ Sin embargo, en aquella cita la frase parece significar el derecho tanto a usar como a percibir los frutos de un bien; es decir, la noción completa del usufructo, afianzando aún más la idea de que el *jus fruendi* y el *jus utendi* son conceptos vinculados entre sí. Con respecto a la observación de Rodríguez Fonnegra, de que el *jus fruendi* es una noción propia de los comentaristas del derecho romano, pero no lo es de ese derecho, en los mismos textos primarios ya hemos visto elementos que desvirtúan el alcance de esa observación. Hubiera sido más preciso advertir que el *jus abutendi*, cuya ausencia en los documentos primarios ya hemos anotado, fue una elaboración de los comentaristas posteriores.

Segundo, observemos que Paulo distingue entre el *jus utendi fruendi* y el derecho de usufructo. Esto demuestra que, al menos para algunos juristas, existían elementos de la propiedad que no equivalían necesariamente a los derechos reales de usufructo y de uso. Así, como dueño tengo el derecho a usar y a percibir los frutos de mi bien, y puedo transferir estas facultades aun sin constituir derechos reales en beneficio de otro. Si a esta observación le añadimos el concepto, conocido entre los juristas romanos, de nuda propiedad (lo encontramos, por ejemplo, en el

³ La cita aparece en el *Digesto* (41.1.10.5) y en las *Instituciones* de Gayo (2.93): “usufructuarius vero usucapere servum non potest, primum quia non possidet, sed habet ius utendi fruendi, deinde quoniam scit servum alienum esse”.

⁴ La cita aparece en el *Digesto* (1.8.1.1) y en las *Instituciones* de Gayo (2.14): “ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est”.

⁵ “si una propiedad se deja a un solo legatario, a quien se le da el usufructo en años alternativos, la propiedad recae plenamente en el heredero, durante el tiempo en el que el legatario no dispone del derecho a disfrutar (*ius fruendi*) del bien” (*si legatarium unum substituas, cui alternis annis legatus sit usus fructus, plena sit apud heredem proprietas eo tempore, quo ius fruendi legatario non est*) (*Digesto* 7.4.2.pr). El resto del punto 2 del Título 4° también parece referirse al *usus fructus* como *fructus*. Asimismo, Ulpiano estaría repitiendo la sinécdoque en el punto 3.3 del Título 4°, con la expresión *ius fruendi*.

comentario de Papiniano en el *Digesto* 7.4.2.pr), veremos implícito el esquema conceptual de los tres *jura*. De este modo, cuando se constituye un usufructo sobre un predio, el propietario conserva el *jus abutendi*, y el usufructuario obtiene el *jus utendi* y el *jus fruendi*. Sin embargo, este esquema es *implícito*. Los juristas romanos nunca lo redactaron en la forma que les atribuye el tratadista Barragán; es decir, como una regla que se ubica nítidamente dentro de las discusiones conceptuales y ricas en definiciones, del derecho moderno. De este modo, se ha ido forjando la versión particular y conceptual del derecho romano, a la que me referí en la introducción.

2.2. Consulta de los textos secundarios

Al pasar a los textos secundarios de derecho romano, la trilogía de *jura*, a la que nos hemos venido refiriendo (*utendi, fruendi, abutendi*), se destaca por su relativa ausencia.

Empecemos por su presencia. En un “Glosario de términos y expresiones latinas”, incluido dentro del libro español *Textos de Derecho Romano* (Domingo 2002), encontramos el *ius abutendi* definido como la “facultad de disposición absoluta inherente al derecho de propiedad” (2002: 443), y los *jura utendi* y *fruendi* combinados en *ius utendi fruendi*, cuya definición es el “derecho de usar una cosa y percibir sus frutos, usufructo” (2002: 445). Resalto que el glosario contiene “términos y expresiones latinas”, por lo cual sus definiciones desbordan los confines del derecho romano.

Continuemos con el *Tratado Elemental de Derecho Romano* (1963), de Eugène Petit. Aquí vemos los tres *jura* claramente distinguidos, pero enmarcados dentro de una importante aclaración: “Los jurisconsultos romanos no definen el derecho de propiedad, que, en efecto, escapa a toda definición por su sencillez y extensión, pues es el derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa corporal. Por eso, sólo se limitan a estudiar los diversos beneficios que procura la propiedad. Según un análisis que germina en los textos, pero que ha sido precisado y desarrollado por nuestros autores antiguos, estos beneficios se resumen en el *uso*, el *fruto*, y el *abuso*: a) El *jus utendi* o *usus* que es la facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir fuera de sus frutos; b) El *jus fruendi* o *fructus*, derecho de recoger todos los productos; c) El *jus abutendi* o *abusus*, es decir, el poder de consumir la cosa, y por extensión, de disponer de ella de una manera definitiva, destruyéndola o enajenándola” (1963: 229–230).

Finalmente, citaré tres libros recientes de derecho romano, todos publicados en Colombia. El primero se titula *Lecciones de Derecho Romano*, de Carlos Medellín, (2000). En él, los autores presentan una definición breve de la propiedad, y afirman: “Según los romanos, se compone de tres atributos: *ius utendi* o *usus*, *ius fruendi* o *fructus*, y *ius abutendi* o *abusus*; derecho de usar la cosa, de recoger sus frutos y productos, y de disponer de ella” (2000: 78).

El segundo es el *Manual de derecho romano* de Emilssen González de Cancino (2003). En esta obra, la autora señala la ausencia de una definición del dominio en las fuentes romanas, y continúa: “La definición descriptiva que ha llegado hasta nosotros del dominio como derecho de usar, gozar de los frutos y disponer de la cosa (*dominium est ius utendi, fruendi et abutendi re sua*) fue puesta en boga por los comentaristas [...]” (2003: 266–267). González prosigue precisando el *jus utendi*, el *jus fruendi*, y el *jus abutendi*.

En un pequeño libro sobre el derecho romano de los bienes (2005), Fernando Hinestrosa incluye un párrafo que describe con toda claridad los verdaderos orígenes de la tridivisión del derecho de propiedad: “El concepto de dominio o propiedad como suma del *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi* (derecho de uso, de goce y de disposición) (cf. art. 669 c. c.), no es romano sino medieval. Fueron, los cultores y expositores por cuenta propia, del derecho romano (glosadores y, en especial, los comentadores), quienes acuñaron esa idea, tan propia de su mentalidad, como extraña al derecho romano en sí” (2003: 23–24).

Con la excepción del glosario, hasta ahora hemos visto textos próximos a la cultura jurídica colombiana: el libro de Petit es cercano al corazón de esta cultura,⁶ y las obras de los Medellín y de González son un producto de ella.⁷ De guiarnos sólo

⁶ La suerte del texto de Petit es interesante: su obra parece ser tan conocida en Colombia como es desconocida afuera de Colombia. Es indicativo de este fenómeno que dos autores franceses muy connotados, como son Ellul (1961) y Grimal (1999) elaboran extensas bibliografías sobre derecho romano, y a Petit, que es francés, no lo incluyen.

⁷ Para ampliar el retrato de esta trilogía en el derecho colombiano, es ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional. Por ejemplo, la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 15 de diciembre de 2005 (M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar), dice: “Por su carácter absoluto, el derecho real de dominio confiere al titular un poder pleno sobre la cosa que tiene por objeto, del cual deriva la potestad para obtener de ella toda cuanta ventaja esté en posibilidad de proporcionar, desde luego dentro de las fronteras que puedan resultar del respeto debido a la ley, como a los derechos de los demás, poderío en el cual se conjugan las conocidas atribuciones de utilizarla (*jus utendi*), percibir sus frutos (*jus fruendi*) y disponer, material o jurídicamente de ella (*jus abutendi*)”. A su vez, una sentencia del mismo tribunal, de fecha

por estas publicaciones, nos estaríamos llevando una impresión errada sobre la omnipresencia de los tres *jura* en las obras secundarias de derecho romano. De hecho, un libro reciente sobre el tema, de Fabio Espitia Garzón (2004), no basa su discusión de la propiedad en los tres elementos tradicionales, apartándose de la terminología corriente en Colombia.

Al consultar las obras extranjeras de derecho romano, quien esté habituado a la tridivisión de la propiedad se sorprenderá. Padilla Sahagún, en México, reduce la trilogía a un pie de página: “La tripartición del derecho de propiedad en *ius utendi* (derecho de usar), *ius fruendi* (derecho de disfrutar) e *ius abutendi* (derecho de consumir o disponer), no es romana, sino obra de los comentaristas” (2004: 81 n. 1). Di Pietro (2001: 119–120), en Argentina, y Guzmán Brito (2001: 450), en Chile, se remiten a una tetralogía del derecho de propiedad, que desglosan como *uti frui habere possidere*. El *jus abutendi* aparece en la obra de Di Pietro, pero como una referencia casual dentro de la discusión sobre el usufructo (2001: 147).

Panero, en España, indica que el derecho de propiedad puede desmembrarse, dejando al propietario con la nuda propiedad (1997: 366), y también explica el *utendi fruendi* con el que Paulo define el usufructo⁸ (1997: 439); sin embargo, el *jus abutendi* se queda por fuera, y la tridivisión ciertamente no protagoniza el análisis del derecho de propiedad. García Garrido, también en España, deja a un lado la trilogía y se refiere a la tetralogía que vimos en Di Pietro y Guzmán Brito (2005: 153).

En dos publicaciones inglesas, una de ellas un manual de derecho romano (Borkowski 1997) y la otra una obra colectiva reciente sobre el derecho romano de propiedad (Birks 1989), no se menciona la trilogía que compone el derecho de propiedad. Por su parte, Nicholas (1962: 154), también inglés, identifica la trilogía como una adaptación que hicieron los comentaristas a partir del derecho de usufructo, y la describe como una adaptación forzada y desorientadora (*misleading*).

2 de agosto de 2004 (M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez), citó una providencia de 1940 sobre los “elementos” de los que se compone la propiedad, invocando el *usus*, el *fructus*, y el *abusus*. Por otro lado, la sentencia C–408 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería), de la Corte Constitucional, afirma: “La doctrina jurídica ha considerado que el derecho de propiedad comprende tres elementos, que son el uso (*usus*), el goce o disfrute (*fructus*) y la disposición (*abusus*)”. Finalmente, la sentencia C–864 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), proferida por la misma corporación, dice que la definición del derecho de propiedad del Código Civil “comprende las facultades de uso (*usus*), goce o disfrute (*fructus*) y disposición (*abusus*), que son sus elementos constitutivos desde el Derecho Romano”.

⁸ “*Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*” (Digesto 7.1.1).

Esta muestra de obras extranjeras sobre el derecho romano da una idea de la forma en que aquellos romanistas abordan el derecho de propiedad. Destacar el rol del *jus utendi*, el *jus fruendi*, y el *jus abutendi*, algo que es tan usual en Colombia, no lo es afuera.

3. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores, hemos visto que para la generalidad de la doctrina civil colombiana, el derecho romano desglosó tres elementos del derecho de propiedad identificados como *usus*, *fructus*, y *abusus*. Consultando los textos jurídicos romanos, pudimos apreciar que esta era una atribución imprecisa, en el sentido de que los jurisconsultos romanos no elaboraron la tridivisión. Pasando a los textos modernos sobre derecho romano, observamos que la noción de los tres elementos es recurrente en obras colombianas, pero en otras publicaciones pierde el protagonismo, en ocasiones apartándola como una creación de los comentaristas.

Como lo señalé en la introducción, el hecho de que la tripartición carezca de un linaje romano puro no demerita el análisis de los civilistas colombianos sobre el derecho de propiedad. Por ejemplo, es posible que ellos quieran reivindicar el esquema de los tres elementos de la propiedad, al considerarlo ilustrativo y pedagógico; visto así, el carácter mnemotécnico de la tridivisión es innegable, como lo demuestra cualquier conversación con abogados formados a la luz de ese planteamiento.

3.1. Dos problemas con la atribución

No obstante, las virtudes expositivas no condonan la atribución errónea de la tripartición al “derecho romano”. Al respecto, haré dos precisiones. En primer lugar, es posible que en estos textos esté operando un entendimiento más amplio de “derecho romano”, que no lo reduce al derecho de los juristas romanos. Esta extensión de significado no sería descabellada: el derecho romano práctico siguió circulando por Europa después del colapso del Imperio, y, al ser redescubierto por académicos europeos, alcanzó una segunda vida que llegó hasta la edad moderna⁹ y que normalmente es objeto de estudio en los textos contemporáneos sobre derecho romano. Si los textos se refieren a este entendimiento *lato sensu* del derecho romano, aún cuando hablan de “jurisconsultos romanos” (Vélez 1924:

⁹ Al respecto ver, entre otros, STEIN (1999), Watkin (1999: 81ss), y ZIMMERMANN (2001).

24) o de “juristas romanos” (Valencia Zea 2001: 119), una aclaración resultaría útil. En parte, la dificultad que experimenta un lector de estas obras al intentar concretar el sentido con el que ellas usan el concepto de “derecho romano” nace del problema de las fuentes.

Esto nos lleva a la segunda precisión, y es que, al comentar el derecho romano, algunos de los libros indicados no se fundamentan en los estudios más apropiados. Las fuentes de los textos civilistas colombianos son, en la gran mayoría de los casos, otros textos civilistas. Fernando Vélez no indica los textos en los que basan sus reflexiones sobre el derecho romano. Rodríguez Piñeres se apoya en obras de Planiol, Girard, y Bry. Barragán corrige un poco la tendencia al referirse a “autorizados romanistas”, y en sus notas encontramos dos libros de Fustel de Coulanges. La contratendencia mejora con el texto de Valencia Zea sobre la propiedad (1982), que se basa en obras de historiadores y romanistas, pero deja por fuera, casi completamente, los documentos primarios. La más notable excepción es Rodríguez Fonnegra, quien muestra gran familiaridad con las fuentes, tanto primarias como secundarias, del derecho romano. De hecho, Rodríguez Fonnegra cita gramáticas y diccionarios latinos (1960: 191 n. 130.1), textos primarios romanos (el *Digesto* en 1960: 191 n. 129.1; Gayo en 1960: 193 n. 131.9), y textos secundarios sobre el derecho romano (entre otros autores, a Von Ihering y Accarias, en 1960: 193 n. 131.9).

Esto no quiere decir que el pie de página sea el rito de paso de un estudio serio. De hecho, existen textos de superlativo rigor que evitan distraer al lector con océanos escritos en notas al pie. No obstante, la transparencia en las fuentes es un acto de respeto con los lectores y brinda la posibilidad de enriquecer y confrontar las afirmaciones de un escrito. ¿Será posible que la percepción generalizada sobre la tridivisión de la propiedad como una invención romana haya nacido por la influencia de autores que no indicaron los orígenes de su análisis pero cuya autoridad fue estimada razón suficiente por sus lectores? Esta pregunta nos conduce a una serie final de reflexiones.

3.2. Las “zonas ciegas” de la cultura jurídica

La tradición colombiana de atribuirle al derecho romano la tripartición del derecho de propiedad, puede ser estudiada desde la óptica de los trasplantes jurídicos. La literatura sobre los trasplantes es abundante, y me limitaré a citar dos definiciones de Pierre Legrand, la primera del autor mismo y la segunda una cita

de Alan Watson: “la transferencia es la que ocurre entre jurisdicciones: existe algo en una jurisdicción que no se originó en ella y que ha sido traído a ella desde otro lugar”; “los trasplantes jurídicos [son] el movimiento de una regla [...] de un país a otro, o de un grupo de personas a otro” (2001: 55).¹⁰

En la doctrina jurídica colombiana, los trasplantes fueron popularizados por la obra *Teoría Impura del Derecho* (2004), de Diego López Medina. El autor distingue entre sitios de producción y de recepción de teorías jurídicas, y, con respecto a la recepción en sitios periféricos de ideas originadas en lugares centrales, resume sus ideas así: “en los sitios de recepción de iusfilosofía ocurren importantes transmutaciones o tergiversación de las ideas provenientes de los sitios de producción. Esas ideas, a pesar de ser transmutaciones o tergiversaciones, no pueden ser desestimadas, sin más, por tratarse de productos miméticos o traslaticios. No se trata de ‘errores’ que requieran de corrección mediante ajustamiento a la lectura estandarizada que se hace en otros sitios. Las transmutaciones terminan siendo, para bien o para mal, parte del inventario disponible de ideas iusfilosóficas disponibles en una jurisdicción. En ese sentido, las lecturas tergiversadas no pueden ser reemplazadas por lecturas normalizadas. Las lecturas tergiversadas han impulsado prácticas jurídicas locales, y, por tanto, están ya imbricadas con la cultura produciendo dinámicas, pasadas y futuras, que ya no se pueden deshacer” (2004: 34).

Acerquemos estas ideas a la tridivisión del derecho de propiedad. Para empezar, podemos clasificar la inserción de este concepto en la doctrina civil colombiana como un trasplante. Es cierto que no es una migración de una jurisdicción a otra, pero sí corresponde a la segunda parte de la definición de Watson: constituye el movimiento de una institución jurídica de un grupo de personas a otro, en concreto de los comentaristas del derecho romano al derecho civil colombiano.

Sin embargo, esta caracterización es insuficiente: el problema que he ilustrado es el de una idea falsamente atribuida a los juristas romanos, cuyo señalamiento ha sido perpetuado durante décadas en la literatura civilista. Aquí llegamos a la tergiversación de ideas a la que se refiere López Medina en el pasaje citado. Sus comentarios al respecto son pertinentes: si bien reconocer como romana la autoría de la tridivisión es un error, su incidencia en la práctica jurídica es innegable, y no

¹⁰ “the transfer is one that occurs across jurisdictions: there is something in a given jurisdiction that is not native to it and that has been brought there from somewhere else”; “legal transplants’ refer to ‘the moving of a rule ... from one country to another, or from one people to another.’”

estamos ante una situación que se conjura con una simple precisión. Añado, no obstante, que hacer la precisión corregiría una equivocación fáctica comprobable.

De hecho, lo que considero más interesante de la situación que he ilustrado en estas páginas es que parece corresponder a un caso especial de trasplantes, que podríamos llamar “zonas ciegas”. No dudo del rigor de los autores que, según hemos visto, le atribuyen al derecho romano una idea que no le es propia. Lo destacable es que juristas capaces continúan retransmitiendo una asociación que, de ser confrontada con las fuentes, revelaría sus deficiencias.

Un posible diagnóstico es que la noción según la cual los tres *jura* componen el derecho de propiedad ha entrado en una “zona ciega” cultural. Ante el valor que tiene el derecho romano para el derecho privado en Colombia, algunos de estos autores pueden estarle atribuyendo de manera automática las expresiones latinas al derecho romano, haciendo que su verdadero origen caiga en una “zona ciega”. ¿Cómo no podría ser romana una idea tan sistemática como la de *usus, fructus*, y *abusus*, si los jurisconsultos ya hablaban de *jus utendi fruendi* y si los textos de derecho romano más valorados en Colombia se refieren a ella constantemente? La práctica de los civilistas ha demostrado que la pregunta anterior es, en efecto, retórica. Es por esto que la situación que he descrito, a diferencia de la atribución concreta al derecho romano, no se puede corregir con una simple enmendadura sobre la paternidad de la tridivisión. Aquí surgen dudas verdaderamente interesantes: ¿Cómo es posible que durante más de un siglo esta falsa asociación haya sobrevivido indemne? ¿Qué otras “zonas ciegas” existen en el sistema, produciendo qué tipos de lecturas erradas y qué tipo de impactos prácticos? El efecto de las “zonas ciegas” en la cultura jurídica encierra un campo que debe estudiarse con rigor.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de derecho civil (T. 2): Bienes*, 4 Ed., Bogotá, Temis, 2004.
- ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. *De los bienes y su dominio*, 2 Ed., Bogotá, Editorial Facultad de Derecho, 1999.
- BARRAGÁN, Alfonso M. *Derechos reales*, Bogotá, Temis, 1971.
- BIRKS, Peter (Ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property: Essays for Barry Nicholas*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

- BORKOWSKI, Andrew, *Textbook on Roman Law*, 2 Ed., Oxford, Oxford University Press, 1997.
- DI PIETRO, Alfredo. *Derecho privado romano*, 2 Ed., Buenos Aires: Ediciones Desalma, 2001.
- DOMINGO, Rafael (Coordinador). *Textos de derecho romano*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- ELLUL, Jacques. *Histoire des institutions (T. 1) : L'Antiquité*, París, Quadrige / Presses Universitaires de France, 1961.
- ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Derecho privado romano: Casos, acciones, instituciones*, 14 Ed., Madrid, Ediciones Académicas, 2005.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Manual de derecho romano*, 6 Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- GRIMAL, Pierre. *La civilización romana: Vida, costumbres, leyes, artes*, Trad. J. de C. Serra Ràfols, Barcelona, Paidós, 1999.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho privado romano (T. 1)*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- HINESTROSA, Fernando, *Apuntes de derecho romano: Bienes*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- LEGRAND, Pierre. "What 'Legal Transplants'?" *Adapting Legal Cultures*. David Nelken y Johannes Feest, Oxford, Hart Publishing, 2001.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*. Bogotá, Legis, 2004.
- MEDELLÍN ALDANA, Carlos, MEDELLÍN FORERO, Carlos y MEDELLÍN BECERRA, Carlos. *Lecciones de derecho romano*. 14 Ed., Bogotá, Temis, 2000.
- NICHOLAS, Barry. *An Introduction to Roman Law*. Oxford, Clarendon Press, 1962.
- OCHOA CARVAJAL, Raúl Humberto. *Bienes: Estudio sobre los bienes, la propiedad y los otros derechos reales*. 4 Ed., Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2000.
- PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. *Derecho romano*. 3 Ed., México: McGraw-Hill, 2004.
- PETIT, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. Trad. José Ferrández González, México DF, Editora Nacional Edinal, 1963.
- RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime. *Del contrato de compraventa y materias aledañas*. Bogotá, Ediciones Lerner, 1960.

- RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Curso elemental de derecho civil colombiano* (T. 2). 3a. Ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1990.
- RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Derecho usual*. 16a. Ed., Bogotá, Temis, 1973.
- STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*. Bogotá, Temis, 1982.
- VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil* (T. 2): *Derechos reales*. 10 Ed., Bogotá, Temis, 2001.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Bienes*. 8a. Ed., Bogotá, Temis, 2000.
- VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano* (T. 3). 2a. Ed., París: Imprenta París-América, 1924.
- WATKIN, Thomas Glyn, *An Historical Introduction to Modern Civil Law*. Aldershot y Brookfield, Ashgate y Dartmouth, 1999.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law*. Oxford, Oxford University Press, 2001.